



## CASA DE PROSTITUIÇÃO. O CRIME DO ART. 229 DO CÓDIGO PENAL

### Renato Marcão

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito. Professor convidado no curso de pós-graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes e em cursos de pós-graduação em diversas Escolas Superiores de Ministério Público e da Magistratura. Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP). Membro Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP).

A prostituição, como é voz corrente, talvez seja a mais antiga das *profissões*<sup>1</sup>.

Prestar favores sexuais; mercadejar o corpo e distribuir os prazeres da carne pode constituir opção para alguns e destino para outros.

Manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual, conforme a lei penal vigente, constitui crime que está previsto no art. 229 do Código Penal, grafado nos seguintes termos: “*Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.*”

Antes da vigência da Lei 12.015/2009, o artigo 229 se referia de forma expressa à conduta consistente em “manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso (...)”, havendo perfeita correlação com o *nomem juris* emprestado à tipificação em testilha pelo Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Hoje, mesmo se referindo o dispositivo a “estabelecimento em que ocorra *exploração sexual*”, quer nos parecer que a denominação jurídica do tipo, que persiste, não exigia mesmo ser alterada.

Muito embora o legislador tenha optado por uma linguagem mais atualizada para compor o preceito primário, em verdade e em última análise está a se referir, ainda, aos locais em que exercitada a prostituição ou outra forma de exploração sexual, daí não ser de todo desajustada a manutenção do *nomem juris* – casa de prostituição –, como designativo do tipo, pois assim se revelam os “estabelecimentos” que à prática proscrita se destinam/dedicam.

A prostituição, a seu turno, acompanha a história da humanidade e é citada até mesmo em passagens bíblicas, como dão mostras, por exemplo, escritos do Novo Testamento a respeito de MARIA MADALENA, sobre “Sodoma e Gomorra” etc.

Não se trata de, ao contrário do que disse NELSON HUNGRIA<sup>2</sup>, até certo ponto, constituir um mal necessário, por revelar uma função preventiva na entrosagem da máquina social.

Vencido o tempo das reflexões lançadas pelo admirável penalista, já não podemos

<sup>1</sup>RENATO MARCÃO e PLÍNIO GENTIL, Crimes Contra a Dignidade Sexual, São Paulo, Saraiva, 2011.

<sup>2</sup>Comentários ao Código Penal, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, v. VIII, p. 268



## CASA DE PROSTITUIÇÃO. O CRIME DO ART. 229 DO CÓDIGO PENAL

concordar com suas afirmações no sentido de que – “sem querer fazer-lhe elogio” -, ressaltava cautelosamente, constitui a prostituição “uma válvula de escape à pressão de irrecusável instinto, que jamais se apaziguou na fórmula social da monogamia, e reclama satisfação antes mesmo que o homem atinja a idade civil do casamento ou a suficiente aptidão para assumir os encargos da formação de um lar. Anular o meretrício, se isso fora possível, seria inquestionavelmente orientar a imoralidade para o recesso dos lares e fazer reverter a libido para a prática de todos os crimes sociais<sup>3</sup>”.

O modelo social dos dias que correm não mais se ajusta ao pensamento exposto, que em verdade buscava salvaguardar a família e a sociedade dos malefícios que a ausência de opção para os reclamos que a satisfação da libido exige, por vezes arriscam e até insistem em proporcionar.

Os sistemas parciais<sup>4</sup> que integram a sociedade contemporânea prescindem de tais favores para seu fortalecimento.

A realidade atual tornou superada a visão poética e por vezes romântica que enxergava nos prostíbulos o primeiro acesso para a prática da masculinidade sexual; para a iniciação da virilidade explícita melhor protagonizada por célebres e prometidas mercadoras do amor.

As sessões de iniciação tantas vezes patrocinadas por algum familiar próximo, que com alguma satisfação se dispunha a levar o jovem de escassa penugem para o congresso carnal com prostitutas experimentadas já não encontra correspondência no presente. Tais entrevistas de amor, que de amor nada tinham, se tornaram estampa fora de moda para o tecido social hodierno.

Onde remanescem, as denominadas “zona de meretrício” se tornaram opção de abrigo para criminosos e ponto de frequência para alguns poucos, não mais desfrutando das conotações e do colorido de que no passado se impregnara.

Mas a prostituição, livre pelas ruas ou confinada em estabelecimentos luxuosos, jamais deixou de existir. Ao contrário, aproveitando-se do desejo atávico de desafogo da sexualidade, se expande como “negócio lucrativo” e se moderniza com oferta qualificada de “peças e serviços”, como se faz explícito em todos os meios de informação.

Ignorada, tolerada, regulamentada ou proibida, também disse NELSON HUNGRIA<sup>5</sup>, a prostituição “sempre existiu e há de existir sempre”.

Conformemo-nos.

Em si considerada, contudo, a prostituição não configura ilícito penal. E nem poderia, por recair tal conduta dentro de limites amparados pelo livre arbítrio.

Não bastasse a real impossibilidade de se punir criminalmente a livre disposição dos impulsos sexuais na forma acima preconizada; de se tentar frear no campo penal a assegurada possibilidade de se distribuir favores sexuais a quem desejar e na forma que se pretender, mediante consenso, há ainda que se ressaltar a inviabilidade de se pretender a moralização do homem pela via coercitiva do *jus puniendi*.

<sup>3</sup>Comentários ao Código Penal, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, v. VIII, p. 268.

<sup>4</sup>NIKLAS LUHMANN, Sociologia do Direito I, Rio de Janeiro, Biblioteca Tempo Universitário, tradução de Gustavo Bayer, 1983, p. 168.

<sup>5</sup>Comentários ao Código Penal, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, v. VIII, p. 274.



## CASA DE PROSTITUIÇÃO. O CRIME DO ART. 229 DO CÓDIGO PENAL

EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI proferem valiosa lição a respeito quando asseveram: “Sob nenhum ponto de vista a moral em sentido estrito pode ser considerada um bem jurídico. A 'moral pública' é um sentimento de pudor, que se supõe ter o direito de tê-la, e que é bom que a população a tenha, mas se alguém carece de tal sentimento, não se pode obrigar a que o tenha, nem que se comporte como se o tivesse, na medida em que não lesionem o sentimento daqueles que o têm<sup>6</sup>”.

Tratando da racionalidade ética na legislação penal, JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS traz importante lição, que seguramente comporta destaque neste ponto das reflexões atuais, e o faz nos seguintes termos: “A identificação daquilo cuja danosidade social afeta de modo grave os pressupostos imprescindíveis à convivência externa precisa de um ponto de referência. Essa referência é obtida através da remição ao interesse público. Com isso se quer dizer que os comportamentos ante os quais deve intervir o Direito Penal devem afetar as necessidades do sistema social em seu conjunto<sup>7</sup>”.

Segundo o escólio de CLAUS ROXIN<sup>8</sup>, “o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas de bens jurídicos”. E segue: “A moral, ainda que amiúde se suponha o contrário, não é nenhum bem jurídico – no sentido em que temos precisado tal conceito, deduzindo-o do fim do direito penal. Se uma acção não afecta o âmbito de liberdade de ninguém, nem tão-pouco pode escandalizar directamente os sentimentos de algum espectador porque é mantida oculta na esfera privada, a sua punição deixa de ter um fim de protecção no sentido atrás exposto. Evitar condutas meramente imorais não constitui tarefa do direito penal<sup>9</sup>”.

Disso decorre afirmarmos ser destoante e ilógica a opção do legislador ao insistir em manter no sistema penal vigente o disposto no art. 229 do Código Penal, quando não se tem por criminosa a prática da prostituição nem assim pode ser considerada toda e qualquer exploração sexual<sup>10</sup>.

A propósito, diz ANDRÉ ESTEFAM: “Com o advento da Constituição Federal e a alteração do valor protegido nos arts. 213 a 234, que passam a ser crimes contra a 'dignidade sexual', não mais se justifica a própria subsistência do tipo penal. Num Estado Democrático de Direito, calcado na dignidade da pessoa humana, que pressupõe a liberdade de autodeterminação, não se pode considerar criminosa uma atividade que, em seu bojo, não envolve práticas ilícitas (somente imorais)<sup>11</sup>”.

<sup>6</sup>Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 467.

<sup>7</sup>A racionalidade das leis penais, São Paulo, Revista dos Tribunais, tradução de Luiz Regis Prado, 2005, p. 153.

<sup>8</sup>Problemas fundamentais de Direito Penal, Lisboa, Vega, tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, 1986, p. 29/30.

<sup>9</sup>LUIZ FLÁVIO GOMES tratou da matéria com profundidade em seus livros: *Norma e bem jurídico no Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, Série “As Ciências Criminais no século XXI”, v. 5, 2002; e, *Princípio da ofensividade no Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, Série “As Ciências Criminais no século XXI”, v. 6, 2002

<sup>10</sup>No mesmo sentido apreendido por GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in*, Crimes contra a dignidade sexual, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 80.

<sup>11</sup>Crimes sexuais, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 118.



## CASA DE PROSTITUIÇÃO. O CRIME DO ART. 229 DO CÓDIGO PENAL

Bem por isso o acerto das oportunas observações lançadas por GUILHERME DE SOUZA NUCCI quando revela sua indignação nos seguintes termos: “Em lugar de descriminalizar o óbvio, eliminando do cenário do Código Penal o art. 229, altera-se uma expressão por outra análoga, gerando a expectativa de aplicação da norma, o que fatalmente, não ocorrerá. Se a prostituição tanto incomoda, somente para argumentar, crie-se o tipo penal apropriado, criminalizando-a. Somente assim teria sentido buscar a punição por quem a pratica ou quem mantém lugar destinado à prática desse *crime*. Porém, não constituindo delito, de nada importa existir uma infração penal, pretendendo punir o dono de um lugar onde ocorra ato não criminoso. Se a prostituição é prática imoral, lembremos que a corrupção também é, aliás, além de imoral é crime. E não consta existir tipo penal punindo quem mantenha estabelecimento onde ocorra corrupção<sup>12</sup>”.

Há que se buscar um sistema de regulamentação criminal menos hipócrita possível, onde não exista espaço para a proteção de valores puramente morais<sup>13</sup>, sem que isso traduza qualquer aplauso ou condescendência em relação a condutas marcadas por revelado desprezo à moral vigorante.

Discorrendo sobre aos critérios de legitimação da criminalização, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANOEL COSTA ANDRADE ensinam: “Segundo o entendimento unânime, só assumem *dignidade penal* as condutas que lesem *bens jurídicos* ou, noutros termos, que sejam *socialmente danosas*. Segundo, por exemplo, a sugestiva formulação de MORRIS e HAWKINS, 'a função primordial do direito criminal é proteger as pessoas e os bens (...). Sempre que o direito criminal invade as esferas da moralidade ou do bem-estar social, ultrapassa os seus próprios limites em detrimento das suas tarefas primordiais (...). Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem diretamente<sup>14</sup>”.

Como se vê, errou o legislador ao manter a tipificação penal em comento.

<sup>12</sup>Crimes contra a dignidade sexual, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 80.

<sup>13</sup>Sobre a matéria, conferir o excelente livro de ALICE BIANCHINI: Pressupostos materiais mínimos da tutela penal, São Paulo, Revista dos Tribunais, Série “As Ciências Criminais no século XXI”, v. 7, 2002.

<sup>14</sup>Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena, 2ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 405/406.